|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 126/2004 |
| Fecha | de 19 de abril de 2004 |
| Sala | Sección Tercera |
| Magistrados | Don Tomás Salvador Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Eugeni Gay Montalvo. |
| Núm. de registro | 5339-2002 |
| Asunto | Recurso de amparo 5339-2002 |
| Fallo | Inadmitir el presente recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado ante este Tribunal el 20 de septiembre de 2002 la Procuradora de los Tribunales doña Maria Isabel Campillo García, en nombre y representación de don Mario Conde Conde, asistido por el Abogado don Juan Sánchez-Calero Guilarte, formuló demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002, en la que, por una parte, se estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por diferentes acusaciones contra la absolución del recurrente por determinados hechos en la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, condenándole como autor de un delito continuado de apropiación indebida a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público, profesión u oficio y al derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y como autor de un delito de falsedad en documento mercantil a la pena de cuatro años de prisión menor y un millón de pesetas de multa, con las accesorias de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a que indemnice al Banco Español de Crédito en trescientos millones de pesetas, e imposición de costas en la parte proporcional. Y, por otra, se desestimó el recurso de casación interpuesto por el recurrente contra la mencionada Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, que le condenó por un delito de apropiación indebida a la pena de cuatro años y dos meses de prisión menor y la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena, así como a que indemnizara solidariamente al Banco Español de Crédito en la cantidad de 1.556 millones de pesetas y comiso de determinadas fincas, y como autor de un delito continuado de estafa a la pena de seis años de prisión y multa de doce meses con una cuota diaria de cincuenta mil pesetas, más la accesoria de inhabilitación para el desempeño de profesión relacionada con la administración o dirección de empresas durante el tiempo de la condena, así como a que indemnice solidariamente al Banco Español de Crédito en las cantidades de 985.016.900 pesetas y 895 millones de pesetas e imposición de costas en una 2/28 parte.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes, que se exponen sintéticamente:

a) El 14 de noviembre de 1994 el Ministerio Fiscal presentó querella por los delitos de falsedad en documento mercantil, maquinación para alterar el precio de las cosas y apropiación indebida contra diferentes miembros del Consejo de Administración de Banesto, entre ellos al recurrente, dando lugar por Auto de 15 de noviembre de 1994 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 a la incoación de las diligencias previas núm. 234-1994. La apertura del juicio oral se acordó por Auto de 27 de mayo de 1996 contra, entre otros, el recurrente, por delitos de estafa, maquinación para alterar el precio de las cosas y falsedad documental en relación con muy diversos hechos.

b) El recurrente fue condenado por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, en relación con los hechos de la llamada operación "cementeras", como autor de un delito de apropiación indebida con la agravación de especial gravedad a la pena de cuatro años y dos meses de prisión menor y a la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena, así como a que indemnizara solidariamente al Banco Español de Crédito en la cantidad de 1.556 millones de pesetas y al comiso de determinadas fincas. Los hechos declarados probados en relación a esta operación son que, con motivo de las desavenencias entre Banesto y la familia Sarratosa sobre el control de la Sociedad Valenciana de Cementos, se llegó entre ambas a un acuerdo de escisión. Para llevar a efecto la división se acordó asignar a las empresas del grupo cementero, excepto las que cotizaban en bolsa, un valor muy por debajo del real, con la finalidad de evitar costes fiscales, pero tratando de guardar la proporción entre ambas partes. De acuerdo con lo convenido se produjeron ventas de acciones reciprocas. Estas ventas se complementaron para cuadrar las cifras con la adquisición por parte de Banesto de cuatro sociedades hormigoneras. Así una sociedad filial de Banesto, Beta Cero, adquirió el 29 de marzo de 1990 el 70 por 100 de Horfimasa, 70 por 100 de Prebetong Aragón, 30 por 100 de Ariforsa, y el 30 por 100 de Prebetong del Este, por un importe total de 229.747.500 pesetas. El pago fue contabilizado por Banesto y no por Beta Cero. Beta Cero, el 2 de abril, vendió dichas acciones a Gay Cordón, sociedad propiedad del recurrente y de otro de los acusados por ese mismo importe. El 6 de abril Gay Cordón vendió las acciones de Arifosa y Prebetong Este al Grupo Valenciana en 386 millones, de los cuales el valor originario de compra de la totalidad de las empresas hormigoneras fue ingresado en Banesto (230 millones) y el resto (150 millones) quedó en disposición de Gay Cordón. El día 10 de mayo Gay Cordón vendió las acciones de Horfimasa y Prebetong Aragón a Data Transmisions System, también perteneciente a otro acusado, por el mismo precio de compra. El día 17 de mayo nuevamente fueron venidas estas acciones a una sociedad filial de Banesto, Pórtland Iberica, por 1.400 millones de pesetas, obteniendo una beneficio neto de 1.224 millones de pesetas. Los 1.400 millones fueron abonados en una cuenta de la que el día 11 de junio se distribuyeron unos 170 millones a Gay Cordón y 1.224 a Data Transmisión, lo que fue en beneficio del recurrente y otro de los acusados como propietarios de dichas sociedades. Parte de dicho dinero, 530 millones de pesetas, fue dispuesto por ambos como pago en dinero B para la adquisición de un complejo de fincas denominada "Hacienda de los Melonares", que fueron adquiridas a través de Longanor, perteneciente a otro de los acusados, y por Nort-Activos, sociedad propiedad del recurrente. La Sentencia consideró que estos hechos estaban acreditados, tanto en lo relativo a la venta de las sociedades hormigoneras para cuadrar los precios de la escisión, como las diferentes transmisiones de las acciones y su precio mediante testificales, documentales e informes periciales. Del mismo modo se considera acreditado que el recurrente y otro de los acusados eran los propietarios a través de empresas interpuestas de la sociedad Gay Cordón y que parte de los fondos obtenidos con la operación se utilizaron para la adquisición de diversas fincas en su beneficio.

c) El recurrente también fue condenado en dicha Sentencia en relación con los hechos de las llamadas operaciones "CC Concha Espina" y "Oil Dor" como autor de un delito continuado de estafa a la pena de seis años de prisión y multa de doce meses con una cuota diaria de cincuenta mil pesetas, más la accesoria de inhabilitación para el desempeño de profesión relacionada con la administración o dirección de empresas durante el tiempo de la condena, así como a que indemnice solidariamente al Banco Español de Crédito en las cantidades de 985.016.900 pesetas y 895 millones de pesetas. Los hechos declarados probados en relación a la operación "CC Concha Espina" son, que dentro del marco de las relaciones entre Banesto y el Grupo Dorna, el recurrente y otro de los acusados recibieron a través, primero, de la sociedad Gestiesa y, después, de Montilsa un 29 por 100 de cuentas en participación sobre los derechos obtenidos por sociedades del Grupo Dorna para la puesta en marcha de un Centro Comercial en la denominada "Esquina del Bernabeu". También tenían un porcentaje de las cuentas en participación otros acusados, a través de diferentes sociedades. Para el desarrollo del negocio la entidad gestora de lo que sería el Centro Comercial recibió financiación de Banesto sin aportación ninguna por los cuentaparticipes. En tal situación el recurrente y otros acusados decidieron, con la finalidad de obtener beneficio patrimonial, vender a la Corporación Industrial de Banesto sus participaciones, que habían recibido gratuitamente sin contraprestación. En la reunión de la Comisión ejecutiva de la corporación de 26 de septiembre de 1991, estando presentes el recurrente y otros acusados, se aprobó la operación, valorando con carácter máximo la sociedad en 3.800 millones de pesetas, sin que fueran informados los demás miembros del interés personal que tenían ni de que la inversión se haría adquiriendo cuentas en participación y no mediante la forma acostumbrada de adquisición de las acciones de la sociedad titular del negocio. Finalmente la Corporación industrial de Banesto, a través de uno de los acusados, abonó a Dorna el precio de 1.776 millones de pesetas por los cuentas en participación el 25 de octubre de 1991, sin previo sometimiento a la Comisión ejecutiva. El recurrente y otro de los acusados vendieron a través de su sociedad Montilsa a Dorna su 29 por 100 de las cuentas de participación que habían obtenido gratuitamente, obteniendo con ello un beneficio de 985.016.900 pesetas. El 23 de diciembre de 1994, ante las deudas que la empresa gestora del CC Concha Espina tenía con Banesto, cuantificadas en 4.921 millones, se firmó un contrato y Banesto se adjudicó el contrato para saldar las deudas, ello dejó sin activo a dicha empresa y a sus cuentas en participación, por lo que la Corporación resultó perjudicada en 1.776 millones de pesetas.

Los hechos declarados probados en relación con la operación "Oil Dor" son que en marzo de 1991 se constituyó por los mismos propietarios del Grupo Dorna la sociedad Oil Dor con un capital de 10 millones de pesetas. Entabladas conversaciones sobre la entrada de la Corporación de Banesto en su capital social, éste se amplió en 190 millones, no suscribiendo acciones dicha Corporación. Con vistas a la entrada de la Corporación Banesto en marzo de 1992 la sociedad de valores y bolsa FG hizo un estudio sobre el plan de negocios de Oil Dor para desarrollar en cinco años, que cifró en 17.5000 millones para el caso de cumplimiento de los objetivos (construcción de 110 a 120 gasolineras), en los que se incluía para el año 1992 la entrada en funcionamiento de 15 gasolineras, que estarían en pleno rendimiento en 1993, año en que se finalizarían otras 20 estaciones. Al finalizar el ejercicio de 1992 hubo perdidas por valor de 315 millones, y en el 1993, en el que se preveían beneficios mínimos de 5.695 millones, hubo pérdidas por 1.436 millones. El recurrente y otros acusados, conociendo el estado de evolución del negocio y el incumplimiento de los objetivos del Plan de desarrollo, con el ánimo de obtener un beneficio económico presentaron ante la Comisión ejecutiva de la corporación Banesto la propuesta de invertir, sin exponer su interés personal ni la realidad de la deficiente evolución de los objetivos. El día 2 de abril de 1992 se acordó negociar la incorporación de la Corporación en la estructura accionarial de Oil Dor. Para realizar el beneficio, los acusados, de acuerdo con los propietarios de Oil Dor, planearon una ampliación de capital al precio de 10.000 pesetas acción, a pesar de conocerse que la Corporación había autorizado una inversión valorando el negocio en 12.000 millones a 300.000 pesetas por acción. En esta ampliación el recurrente y otro de los acusados, a través de sus sociedades Montilsa y servicios y recursos suscribieron acciones por 34.300.000 pesetas. Finalmente la Corporación aprobó pagar al contado 3.000 millones y aplazar el pago de otros 3.000 millones, y en junio de 1992, incumpliendo dicho acuerdo, se pagaron al contado los 3.000 millones y los otros 3.000 en acciones de Banesto. Los beneficios obtenidos por el recurrente y otro de los acusados a través de sus sociedades fueron de 866 millones de pesetas. Las perdidas de Banesto para afrontar el plan de viabilidad de la sociedad se cifran en 11.795 millones de pesetas.

La Sentencia consideró que estos hechos estaban probados, tanto en lo relativo a las diferentes operaciones como a que el recurrente tenía en su esfera de dominio a Montilsa, con fundamento en que de la prueba testifical, pericial y documental se deducía que el recurrente recibía de dicha empresa cheques que eran ingresados en cuantas corrientes a su nombre. La Sentencia calificó estos hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa, ya que el recurrente y los otros acusados, abusando de las facultades de administración conferidas, produjeron dolosamente perjuicio patrimonial a la entidad con su correlativo enriquecimiento, producido por el engaño al resto de miembros de la Comisión ejecutiva para que aprobaran ambas operaciones.

d) El recurrente fue absuelto por dicha Sentencia en relación a la denominada operación "300 millones". Los hechos declarados probados en relación con esta operación fueron que el recurrente, en su condición de Presidente de Banesto y en función de las facultades de disposición conferidas por razón de su cargo, y sin que fuera autorizado para ello por los órganos de administración de la sociedad, decidió unilateralmente disponer de la suma de 300 millones para fines ajenos a la empresa sin que se haya acreditado que fuera utilizada en propio beneficio o pasara a integrar parte de su patrimonio. Se concretó que para la disposición global de los 300 millones se puso en contacto con el Director general de Banca comercial, a la vez encargado de las relaciones crediticias del Banco con los partidos políticos, indicándole verbalmente que había que hacer un pago por gestiones realizadas ante el Banco de España. El Director general asumió el encargo poniéndose en relación con el director adjunto de una sucursal de Banesto para que prepara la cantidad que se debía entregar en bolsas sin signo distintivo de la entidad. La disposición se llevó a cabo en dos entregas de 150 millones cada una en febrero y abril de 1989, que fue entregada por persona interpuesta a una persona cuya identidad no consta. La salida de fondos se contabilizó en una cuenta transitoria en espera de su definitiva asignación. Banesto no recupero los 300 millones que debieron ser provisionados en 1994. Tampoco se acreditó que la disposición de los 300 millones se hiciera con la finalidad de favorecer al Banco como retribución por mediación alguna ante el Gobernador del Banco de España para que autorizara la "desfusión" entre el Banco Central y Banesto que se intentó en 1988. En la valoración jurídica de estos hechos en la Sentencia se puso de relieve que la prueba para acreditar que las dos entregas de dinero respondían a una única decisión de acción se deducía de las testificales del Director General, coincidentes con las del acusado. Del mismo modo de las declaraciones de este testigo se acreditó que las instrucciones sobre el modo de entrega y a quien debía entregarse fueron del recurrente. Igualmente se realizó una pormenorizada valoración de las declaraciones contrapuestas entre el acusado y otros testigos, declarándose expresamente en la Sentencia que no había quedado acreditado que la finalidad de ese dinero fuera el pago por gestiones para la "desfusión".

En la calificación de los hechos se consideró que la conducta era subsumible en el delito de apropiación indebida del art. 535 CP 1973, vigente en el momento de comisión de los hechos, en tanto que infidelidad en la administración de un patrimonio ajeno, para lo que no resultaría necesario que el dinero se integrara en su patrimonio, considerando esta interpretación como consolidada en la jurisprudencia. Igualmente se razonó que la conducta se subsumía en los tipos de los arts. 252 (apropiación indebida) y 295 (administración desleal) CP 1995, por lo que se constituye un concurso de normas que ha de ser resuelto a favor del art. 252, por ser más especial, concurriendo la agravación por la importante cantidad que ello suponía, pero no la de múltiples perjudicados, por haber sido derogada en la CP 1995. En atención a todo ello se aplicó el CP 1973, por ser el vigente en el momento de cometerse los hechos y no resultar más favorable lo dispuesto en el CP de 1995, especialmente en lo referido a la prescripción. En cuanto a ésta, al entender que el plazo de prescripción era de 5 años, ya que el delito no estaba castigado con pena superior a los 6 años, y que dicho plazo habían transcurrido al momento de presentación de la querella, se consideró que había prescrito.

e) El recurrente también fue absuelto por dicha Sentencia de los delitos por los que fue acusado en relación con la denominada operación "artificios contables". Los hechos declarados probados en cuanto a esta operación son que en el año 1992 la Inspección del Banco de España detectó que en Banesto existía un déficit de provisiones de aproximadamente 104.000 millones de pesetas, de los cuales 52.898 millones correspondían a créditos de dudoso cobro. En función de ello los administradores de Banesto iniciaron un plan de actuaciones para atender las necesidades de saneamiento establecidas por el Banco de España, que fue aprobado por éste. En el plan se contemplaba la creación de un fondo de provisiones de insolvencias que quedaría constituido antes del 31 de diciembre de 1994, para cuya dotación se destinarían los beneficios netos de la venta del Banco de Madrid. En abril de 1993 Price Waterhouse presentó informe de auditoria de las cuentas de 1992 sin manifestar reparos y considerando que las cuentas reflejaban fielmente la imagen de la sociedad. En verano de 1993 se acordó una ampliación de capital, registrándose el folleto de ampliación ante la CNMV, no planteando el Banco de España ninguna objeción. La Inspección del Banco de España determinó en junio de 1993 que existía déficit de provisiones por créditos morosos, algunos de los cuales habían sido renovados y no considerados de dudoso cobro indebidamente. Este hecho se comunicó a Banesto, y a finales de septiembre de 1993 se iniciaron conversaciones para elaborar un plan que corrigiera esos déficit, en el que intervino en representación del Banesto, otro de los acusados con la supervisión del recurrente. El 21 de diciembre de 1993 se presentó al Banco de España un plan en que se reconocían, al menos, 372.000 millones de pesetas de déficit, no siendo asumido por el Banco de España, que estableció unas necesidades de saneamiento cifradas en 503.415 millones de pesetas, lo que determinó que se acordara el 28 de septiembre de 1993 la sustitución de todos los miembros del Consejo de Administración y el nombramiento de un equipo gestor provisional. Con el fin de sanear el Banco, el Fondode Garantía de Depósitos realizó una aportación a fondo perdido de 285.000 millones de pesetas y concedió un préstamo a bajo interés de 315.000 millones, con un coste financiero de 41.000 millones. A consecuencia del concurso público de acciones de Banesto se recuperó cierta cantidad, pero no 192.541.352.124 pesetas.

La Sentencia hace mención a que no quedó acreditado que persona alguna de las encargadas en el banco de la contabilización recibiera instrucción sobre la contabilización de operaciones, ni que los acusados ocultaran conscientemente a la Inspección del Banco de España a los servicios de auditoria externa circunstancias que pusieran de manifiesto necesidades de saneamiento de mayor envergadura. En el relato de hechos probados se pusieron también de manifiesto diferentes operaciones realizadas en los años 1990 a 1992 por el Banco y su corporación industrial y financiera, concretadas, por un lado, en que dicha corporación vendió a su filial Mercurio acciones de Acerinox, que posteriormente revendió Mercurio a terceros ajenos a precio superior, no produciéndose alteración de las cuentas consolidadas por la eliminación de la relación intergrupo. Por otro, en que una filial de Banesto compró el Banco del Pacifico (Chile), cuyo patrimonio neto era prácticamente nulo en atención a los déficits apreciados por la Superintendencia de Bancos de Chile, mayores que el precio de adquisición. Al acordarse su venta con otra filial de Banesto, no se reflejaron en las cuentas consolidadas las necesidades de saneamiento. Además, en que Banesto adquirió Gescam y posteriormente amplió su capital. Esta entidad compró a Banesto una serie de inmuebles por un precio de 8.256 millones de pesetas, cantidad contabilizada como beneficio para Banesto en las cuentas de 1991, a pesar de ser una operación intergrupo. También, en que hubo diversas operaciones de compra-venta de acciones de La Unión y El Fénix a través de filiales de Banesto. Del mismo modo, en que el compromiso de venta de Banesto de acciones de dicha entidad propiedad de Inversiones Azulreal no se recogió en las cuentas del Banco de los años 1990 y 1991, como tampoco los avales a favor de quien designase la sociedad Calgary Investment. No se provisionó tampoco la diferencia entre el dinero pagado por Cayetana Consultants y el precio de opción de compra establecido en las cuentas de 1992. Igualmente, en que las operaciones con el Bank of America y otros no se provisionaron, si bien los aspectos contables fueron consultados con los auditores del banco. Por último, en que en la operación de depósito de acciones de Fecsa, Banesto pagó determinadas cantidades como dividendos, que contabilizó en el activo y no en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio.

En la valoración jurídica de estos hechos por la Sentencia se puso de relieve que, atendiendo a la calificación básica de los hechos como falsedad documental, debía quedar probado que existía una deformación de la verdad mediante el apunte contable de datos falsos o la ocultación de verdaderos; además, de que, por su carácter doloso, debía probarse que cada uno de los acusados tuvo una intervención consciente en la alteración de la verdad. Igualmente se destaca que, en cuanto al delito de falsedad, es necesario individualizar el documento que resulta falseado y determinar el alcance de la alteración y su incidencia en la eficacia jurídica del documento. Partiendo de esa base, la Sentencia constató que de la prueba practicada, en este caso los informes periciales, se verificaba que las Cuentas de Banesto no expresaban la verdadera situación económica de la empresa y que se habían vulnerado determinados principios contables, en particular el de prudencia contable. Sin embargo se consideró que no podía inferirse que los acusados ocultasen dolosamente otras circunstancias relevantes que determinasen la ocultación del verdadero alcance de la situación, ni que dieran instrucciones a los servicios de contabilidad del banco en cuanto a la contabilidad de operaciones concretas o la llevanza general de aquélla, así como que ocultasen circunstancias o hechos relevantes a los servicios internos o externos con el fin de desfigurar la real situación económica de la entidad. De ese modo se concluyó que estos hechos no constituían un delito de falsedad continuada, ya que, en todo caso, eran unas conductas impunes bajo la vigencia del CP de 1973. También se descartó su calificación como delito de maquinación para alterar el precio de las cosas, al no haber quedado probado el dolo dirigido a esa finalidad, ni la estafa dirigida a sujetos individuales que tuvieran participación accionarial en el banco. Por tanto se absolvió a todos los acusados, y entre ellos al recurrente, en lo relativo a la operación denominada "artificios contables".

f) El Ministerio Fiscal y diversas acusaciones personadas recurrieron, entre otros aspectos, la absolución del recurrente por la operación "artificios contables", alegando tanto error en la apreciación de las pruebas como infracción legal por inaplicación del delito de falsedad. Por Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002 se desestimó el motivo de casación referido a la errónea valoración de la prueba, pero se estimó el referido a la indebida inaplicación del delito de falsedad documental, con la conclusión de que por segunda Sentencia de la misma fecha se condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, a la pena de cuatro años de prisión menor y un millón de pesetas de multa, con las accesorias de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e imposición de costas en la parte proporcional. Los argumentos determinantes para estimar el recurso de casación en lo referido a la infracción de ley por inaplicación del delito de falsedad fueron, en relación con la falta de inferencia lógica sobre la intervención consciente de los acusados en la alteración de la verdad a través de las alteraciones contables, que se consideraba era una cuestión que afectaba únicamente a la prueba de un elemento subjetivo (dolo) y que ello no afectaba a la intangibilidad del hecho probado, siendo posible examinar y revisar dicha valoración partiendo de la declaración de hechos probados. A esos efectos se destacó en la Sentencia que había sido declarado probado que existían déficits de previsiones correspondientes a créditos de dudoso cobro e, igualmente, irregularidades contables en diferentes operaciones. De ello se desprendía, no sólo que había alteraciones contables, sino también que éstos no pudieron realizarse sin la autorización y consentimiento del acusado como Presidente de la entidad y de otro de los acusados. De ese modo, desde una perspectiva de la determinación de la autoría por el dominio funcional del hecho, se consideró que no existía duda de que el recurrente tuvo una participación directa en la confección de las falsedades contables, a pesar de que las materializasen personas distintas, añadiéndose que un Presidente asume una responsabilidad directa y principal sobre la autenticidad de las cuentas sociales, lo que le convierte en autor de las alteraciones falsarias. Del mismo modo se considera que estas conductas ya estaban tipificadas en el momento de comisión de los hechos en el entonces vigente CP 1973 y que también lo estaban en el art. 290 CP 1995. Al respecto se argumentó que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, los balances y otros documentos que reflejan la situación de una empresa son verdaderos documentos mercantiles, que no sólo sirven para dar cuenta de su marcha, sino que tiene una incuestionable vocación probatoria, por lo que gran numero de disposiciones legales cuidan especialmente de que estos documentos reflejen de manera exacta y fiel la vida económica de la empresa. Igualmente se razonó que la legislación penal derogada castigaba, sin ningún genero de dudas, la falsedad ideológica en documento mercantil y, sobre todo, cuando el documento era elaborado haciendo constar en él o incorporando a su contenido como ciertos hechos que no lo eran, habida cuenta de la lesión que implicaba de la confianza pública en la realidad de esos documentos y en que se alteraba sustancialmente la credibilidad del tráfico mercantil. Así, a pesar de reconocerse que con el CP 1995 se habían destipificado algunas falsedades ideológicas realizadas por particulares, se negaba que ello tenga el alcance general pretendido, destacando que en el art. 290 CP se recogía de manera específica una modalidad de falsedad incuestionable, que consiste en alterar los balances y cuentas anuales. Por ello se concluyó que los hechos, en su identidad sustancial, estaban penados en el art. 303, en relación con los arts. 302.4 y 6, del CP 1973, y lo siguen estando actualmente en el art. 290 CP 1995; si bien se debía aplicar el CP de 1973 por ser el vigente en el momento de cometerse los hechos y ser más favorable. En el fundamento tercero del segunda Sentencia de casación se menciona que "en atención a la gravedad que implican las falsificaciones cometidas y a la condición de Presidente y Consejero delegado que ostentaban los acusados en la entidad bancaria, estimamos que debe imponerse la pena de prisión menor en el máximo de su grado medio, es decir, cuatro años de prisión y multa de un millón de pesetas".

g) El Ministerio Fiscal y otras acusaciones recurrieron también la absolución por la operación "300 millones", basándose en la indebida aplicación del art. 113 CP, por la que se declaró la prescripción del delito, y por inaplicación del art. 74, al no considerar la conducta como continuidad delictiva. La Sentencia de casación estimó ambos motivos, y por segunda sentencia, condenó al recurrente como autor de un delito continuado de apropiación indebida, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público, profesión u oficio y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como a que indemnizara al Banco Español de Crédito en 300 millones de pesetas, con imposición de costas en la parte proporcional. Los argumentos determinantes de la estimación fueron, en relación con la continuidad delictiva, que frente a la consideración de la Sentencia de instancia, que motivó la existencia de una unidad de acción en el hecho de las dos consecutivas retiradas de 150 millones de pesetas, debía considerarse, con apoyo en amplias referencias jurisprudenciales, que la unidad natural de acción sólo concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera totalmente próxima, de forma que, para un observador imparcial, el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido descomponerlo en varios actos delictivos. De modo que cuando existe una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes, no hay unidad de acción sino diversas actuaciones que pueden ser consideradas, o bien concurso real de delitos, o bien un delito continuado. En ese sentido, además, se recordó que se permite la construcción de un delito continuado cuando existe un solo sujeto activo de todas las acciones, un dolo unitario derivado de un plan preconcebido, homogeneidad en la lesión del bien jurídico, semejanza de precepto penal vulnerado y conexión espacio-temporal. Y todos esos requisitos concurrían en el hecho enjuiciado, por lo que la separación en más de dos meses de las retiradas de efectivo imposibilitaba considerarlas una sola acción delictiva, pero la unidad de dolo es lo que llevaba a estimar la continuidad delictiva. En relación con la prescripción, al estimar la continuidad delictiva, se apreció que el plazo de prescripción es de 10 años, que no habrían transcurrido al momento de interponerse la querella.

h) El recurrente interpuso recurso de casación alegando diferentes motivos en relación con las diferentes operaciones por las que fue condenado, que fueron íntegramente desestimados. Los motivos genéricos relacionados con la totalidad del procedimiento, así como la fundamentación judicial de su desestimación, fueron, en relación con la vulneración del juez ordinario predeterminado por la Ley, basada en haber sido el juez de apoyo que realizó la instrucción un juez designado ad hoc, que el nombramiento del juez de apoyo para el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 y la atribución del conocimiento para dicho juez de apoyo de los asuntos de nuevo ingreso, a partir de su incorporación al mismo, se había producido con arreglo a la más estricta legalidad y atendiendo a necesidades evidentes, sin que implicara, ni la creación de un nuevo órgano jurisdiccional, ni la designación de ningún juez ad hoc para tramitar una causa ya iniciada. Al margen de que esta cuestión había sido ya resuelta por ATC 42/1996, de 14 de febrero, por el que se inadmitió el recurso de amparo por carecer manifiestamente de contenido constitucional. En relación con la vulneración por falta de imparcialidad de los peritos designados por el juez, que los peritos inspectores actuaron sin que se revelara ningún interés ni personal ni institucional en tergiversar y falsear los análisis realizados, que fueron sometidos a contradicción por las defensas y que recayeron sobre un amplio bagaje documental que obraba en la entidad sometida a inspección, por lo que las conclusiones no eran el producto de creación de bases fácticas artificiales, sino el resultado de aplicar conocimientos técnicos que han podido ser ampliamente debatidos dentro del proceso penal. Igualmente se destacó, por un lado, que el asesoramiento a la Fiscalía para presentar la querella resultaba lógica, en tanto que órgano de auxilio y asesoramiento en la investigación previa realizada por el Ministerio Fiscal, sin que ello tuviera implicación en las actuaciones; y, por otro, que el Fondo de Garantía de Depósitos que actuó como acusación era un órgano independiente del Banco de España y se personó en las actuaciones a instancia del Congreso de los Diputados.

i) Los motivos de casación resueltos en relación con la operación "cementeras" fueron, en relación con la vulneración del principio acusatorio, fundamentada en que se habían ampliado los hechos en la calificación delictiva a las sociedades hormigoneras Arofosa y Prebetong Este, que no estaban incluidas en el Auto de Apertura del juicio oral, que la delimitación inicial del objeto del debate se produce, en todo caso, en los escritos de calificación provisional de las acusaciones, constando que en este caso la acusación del Fondo de Garantía de Depósitos se refirió expresamente a ambas hormigoneras en su escrito de acusación y que, además, fueron sus operaciones objeto de debate probatorio en la vista oral. Al margen de ello se añadió que la operación "cementeras" se calificó como un solo hecho en sentido jurídico-penal, formando parte de él las circunstancias relativas a los dos hormigoneras mencionadas. En relación con la vulneración de la presunción de inocencia, fundamentada en que no quedó acreditado ni su participación ni la disposición de fondos, que de la lectura de la Sentencia de instancia resulta acreditado que se habían tomado en consideración testimonios válidos y pruebas periciales para corroborar las conclusiones probatorias. Además de que se había explicado razonablemente la desestimación de las tesis de la defensa, destacándose la aportación probatoria en la determinación de que las sociedades Gay Cordón y Data Transmission System eran controladas, entre otros, por el recurrente, y que parte de los fondos de la operación fueron utilizados por éste junto con otro acusado para la adquisición de diversas fincas. En relación con la inaplicación del delito de administración desleal del CP 1995, que es más favorable, que en el presente caso lo que concurría es un delito de apropiación indebida y no de administración desleal, recurriéndose para ello a una extensa explicación para diferenciar las conductas típicas de ambos tipos. En ese sentido, al considerar que, en su caso, el tipo penal del CP 1995 que sería aplicable es el 252, se ratificó que el CP 1973 era más favorable.

j) Los motivos de casación resueltos en relación con la operación "CC Concha Espina" fueron, en relación con la falta del requisito de engaño en la estafa, fundamentada en que se computaron erróneamente los miembros de la Comisión Ejecutiva de la Corporación que tomaron la decisión de compra, que la reunión del comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial en la que se aprobó la operación estuvo precedida por otra en la que se realizó una presentación engañosa de la operación, lo que constituía un antecedente probatorio que podía ser evaluado, y, además, que aunque el Vicepresidente había delegado en el recurrente su representación, no quedaba demostrado que tuviera conocimiento exacto de las operaciones y que otorgara su consentimiento, a sabiendas de este dato, para que se consumase la participación en ese negocio. Al margen del ello el engaño era patente y no podía hablarse de un autoengaño impune. En relación con la falta de prueba válida sobre la intervención en los hechos de Gestiesa, que el informe de la Agencia Tributaria en el que se basó que Gestiesa intervino en los hechos figura en la pieza separada relativa a otro de los acusados, y que si bien de dicho informe no se dio traslado a las partes, no puede negarse que fue debatido en el juicio y no era un dato que fuera desconocido al recurrente, ya que estuvo presente a través del interrogatorio a numerosos testigos y además fue tratado en sus informes por los peritos del ICAC. Igualmente el tema de Gestiesa fue introducido en la causa en el escrito de calificaciones provisionales de otro de los acusados. Así se constató que se realizaron pruebas sobre este extremo que fueron válidas, contrastadas y suficientemente conocidas por el recurrente, concluyéndose, además, que fue a través de Montilsa como el recurrente y el otro acusado recibieron los ilícitos beneficios. En relación con la falta de pruebas sobre la participación en la operación y en el destino de los fondos, que la Sentencia de instancia había acreditado con una abundante actividad probatoria la participación del recurrente en la operación y en el destino de los fondos a través de Montilsa. En relación con la aplicación retroactiva del CP 1995, que era más perjudicial, que la valoración jurídica de esta operación se había realizado conjuntamente con la de "Oil Dor", por lo que la comparación de penas tenía que partir de una aplicación integra de uno u otro texto legal a la totalidad del complejo delictivo. A esos efectos, comparando las penalidades, incluyendo el hecho de la agravación y de la continuidad delictiva, resultaba más beneficioso el CP 1995, incluso teniendo en cuenta la posibilidad de redención de penas por el trabajo.

k) Los motivos de casación resueltos sobre la operación "Oil Dor" fueron, en relación con la falta de prueba sobre su participación en los hechos, en el destino de los fondos de Oil Dor y en la calificación de la operación como de alto riesgo, que había abrumadora prueba de cargo valorada sin incurrir en arbitrariedad o irracionalidad, y que, igualmente, los datos económicos eran demostrativos del alto riesgo de la operación, al margen de que ese mero dato tampoco era lo determinante de la calificación jurídica del hecho. En relación con la falta del requisito de engaño en la estafa, fundamentada en que se computaron erróneamente los miembros de la Comisión Ejecutiva de la Corporación que tomaron la decisión de compra, que era mayoría el número de vocales que no participaron en la maniobra engañosa y que, en todo caso, la existencia de engaño no venía condicionada por la composición de la Comisión Ejecutiva, sino por las afirmaciones mendaces y los datos falsos que proporcionaron a dicho órgano para conseguir que se aprobara la operación.

3. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en las vulneración siguientes:

a) Derecho a la igualdad, basándose en que la condena por la operación "artificios contables" se ha producido en virtud de en un cambio no motivado de doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por el hecho, al fundamentarse únicamente en la condición de Presidente de la entidad del recurrente, lo que contraviene doctrina jurisprudencial previa de las SSTS de 10 de noviembre de 1993 (RAJ 8387) y 22 de mayo de 2000 (RAJ 4899), en que se declaró que no se puede construir una responsabilidad objetiva derivada del sólo hecho de ser órgano o representante de una persona jurídica

b) Derecho a la igualdad, basado en que la condena por la operación "artificios contables" se ha producido en virtud de en un cambio no motivado de doctrina jurisprudencial sobre el carácter atípico de la falsedad ideológica entre particulares con anterioridad al CP de 1995, aportando como elementos de comparación la STS 12 de marzo de 1999 (RAJ 2103) y las Sentencias allí citadas, así como las SSTS 8 de noviembre de 1990, 14 de julio de 1994, 22 de septiembre y 28 de octubre de 1997 y 26 de mayo y 19 de junio de 1998.

c) Derecho a la tutela judicial efectiva, basándose en que la condena por la operación "300 millones" se ha fundamentado en una alteración arbitraria de los hechos acreditados en la Sentencia de instancia y que propiciaron su absolución.

d) Derecho a la tutela judicial efectiva, basándose en que para la condena por la operación "300 millones" no se motiva la participación en los hechos del recurrente, ya que los actos de ejecución fueron decididos exclusivamente por terceras personas sin intervención del recurrente.

e) Derecho a la tutela judicial efectiva, basándose en que la condena por la operación "artificios contables" se ha fundamentado en un razonamiento arbitrario, al concluirse la existencia de un delito de falsedad a partir del mero hecho de aprobar y firmar las cuentas anuales y balances periódicos, lo que supone la aplicación de responsabilidad objetiva por cargos ocupados, no por actos realizados.

f) Derecho a la tutela judicial efectiva, basándose en que la condena por la operación "CC Concha Espina" se ha fundamentado en un error manifiesto de carácter aritmético al computarse a los miembros de la Comisión ejecutiva de la corporación Banesto que asistieron a la reunión del 26 de septiembre de 1991.

g) Derecho a la tutela judicial efectiva, basándose en que la condena por la operación "Oil Dor" se ha fundamentado en un error manifiesto de carácter aritmético, al computarse a los miembros de la Comisión ejecutiva de la corporación Banesto que asistieron a la reunión del 2 de abril de 1992.

h) Derecho a la tutela judicial efectiva, basándose en que la condena por la operación "cementeras" se ha fundamentado en una motivación arbitraria e irrazonable para la aplicación de la apropiación indebida del CP 1973 en vez del tipo de administración desleal del art. 195 del CP 1995, que era más favorable.

i) Derecho a la tutela judicial efectiva, basándose en que la condena por la operación "artificios contables" se ha fundamentado en una motivación arbitraria e irrazonable al no considerar atípica la conducta que era una falsedad ideológica, y por aplicarse el CP 1973, en vez del CP de 1995, que era más favorable.

j) Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, basándose en que el procedimiento para el nombramiento del Juez Instructor de la causa evidencia que se trataba de una designación ad hoc para este procedimiento, toda vez que eran indubitados tanto la presentación de la querella por parte del Ministerio Fiscal como que su conocimiento correspondería a dicho juez de apoyo y no al juez titular. Considera, igualmente, que el hecho de que este Tribunal ya se haya pronunciado al respecto por ATC 42/1996, de 14 de febrero, inadmitiendo la cuestión por carencia manifiesta de contenido, cuando se recurrió contra el procedimiento administrativo de designación del juez de apoyo, no impide su planteamiento actual, al hacerse en el marco de un procedimiento penal que es distinto al contencioso-administrativo que dio lugar al anterior pronunciamiento.

k) Derecho a un proceso con todas las garantías, basándose en que la prueba pericial practicada por los inspectores del Banco de España durante la instrucción y reproducida durante el juicio oral, y de la cual han hecho uso ambas Sentencias en su fundamentación jurídica, contraría la exigencia de que la pericial se realice por expertos imparciales, objetivos e independientes. En concreto motiva el carácter parcial de dichos peritos en que tenían un interés partidario en razón de los procedimientos administrativos, donde el Banco de España del que dependían defiende la imputación de conductas irregulares del recurrente, precisamente, sobre la base de dichos informes. Igualmente en que auxiliaron y asesoraron a una parte acusadora, el Ministerio Fiscal, en la preparación de la querella, siendo ocultado dicho auxilio hasta el trámite del incidente de recusación. Por último, en que están vinculados a una de las partes acusadoras, que es el Fondo de Garantía de Depósitos, cuyo Presidente es orgánicamente el Vicepresidente del Banco de España.

l) Principio acusatorio, basándose en que ha sido condenado por la operación "cementeras" por hechos de los que no había sido acusado, lo que le ha impedido defenderse contra ellos. Concretamente señala que esta operación sólo aparecía referida en un principio a las hormigoneras Hormifosa y Prebetong Aragón, uniéndose después en trámite de calificación definitiva también hechos referidos a las Hormigoneras Arifosa y Prebetong Este.

m) Derecho a un proceso con todas las garantías, basándose en que la condena por la operación "CC Concha Espina" se ha producido sin existir prueba de cargo válida sobre la que acreditar la intervención o utilización en esta operación de la sociedad Gestiesa, ya que el informe en el que se basó estaba en una pieza separada de responsabilidad civil (la de Inversiones San Fergo) que no se notificó al recurrente, al margen de que no ha sido ratificado en el juicio oral por sus autores ni incorporados, como prueba documental.

n) Derecho a la presunción de inocencia, basándose en que la condena por la operación "cementeras" se ha producido cuando la prueba practicada resultaba manifiestamente insuficiente, no apreciando múltiples elementos de prueba de descargo.

ñ) Derecho a la presunción de inocencia, basándose en que la condena por la operación "cementeras" se ha producido sin que hubiera elementos probatorios suficientes para sustentar que está acreditado el uso del poder de administración del recurrente para que cantidades destinadas a Banesto ingresaran a favor de sociedades ajenas al grupo y de que los fondos así obtenidos tuvieran al recurrente como destinatario.

o) Derecho a la presunción de inocencia, basándose en que la condena por la operación "CC Concha Espina" se ha producido sin que estuviera acreditado que la sociedad Gestiesa hubiera adquirido cuentas en participación del negocio "CC Concha Espina".

p) Derecho a la presunción de inocencia, basándose en que la condena por la operación "CC Concha Espina" se ha producido sin que estuviera acreditada la participación del recurrente en cualquiera de las fases constitutivas de dicha operación.

q) Derecho a la presunción de inocencia, basándose en que la condena por la operación "CC Concha Espina" se ha producido sin que estuviera acreditado que tuvo dominio fáctico sobre las sociedades Montilsa y Gestiesa, ni de los fondos de las que estas hubieran dispuesto.

r) Derecho a la presunción de inocencia, basándose en que la condena por la operación "Oil Dor" se ha producido sin que estuviera acreditada la participación del recurrente en los hechos, que sólo indiciariamente se justifica, y sin prestar atención a la abundante prueba directa de descargo.

s) Derecho a la presunción de inocencia, basándose en que la condena por la operación "Oil Dor" se ha producido a pesar de que la prueba practicada revela que el recurrente no ha tenido el dominio fáctico de las sociedades Montilsa y Servicios y Recursos ni de los fondos de los que éstos hubieran dispuesto.

t) Derecho a la presunción de inocencia, basándose en que, para fundamentar la condena por la operación "Oil Dor", no se motiva la consideración del carácter arriesgado de esta operación frente a las numerosas pruebas que han acreditado el valor empresarial del negocio.

u) Derecho a la legalidad penal, basándose en que, para la condena por la operación "CC Concha Espina", se aplicó retroactivamente en perjuicio del reo el art. 250.6 y 7 CP 1995 y no el que estaba en vigor en el momento de los hechos, que era el art. 529.7 CP 1973.

v) Derecho a la legalidad penal, basándose en que, la condena por la operación "300 millones" se ha producido a pesar de que los actos de entrega del efectivo se verificaron por decisión de terceras personas, sin intervención del recurrente.

w) Derecho a la legalidad penal, basándose en que la condena por la operación "artificios contables" se ha producido en virtud de hechos inexistentes, ya que no falseó las cuentas o, en su caso, por actos de terceros.

x) Derecho a la legalidad penal, basándose en que la condena por la operación "artificios contables" se ha producido sin que concurriera engaño.

y) Derecho a la legalidad penal, basándose en que la condena por la operación "Oil Dor" se ha producido sin que concurriera engaño.

z) Derecho a la legalidad penal, basándose en que la condena por la operación "artificios contables" se ha producido a pesar de que la falsedad ideológica entre particulares antes del CP de 1995, cuando sucedieron los hechos, era atípica.

4. La Sección Tercera de este Tribunal acordó por providencia de 11 de septiembre de 2003, al amparo de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conferir al recurrente y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales procedentes, alegaciones sobre la carencia manifiesta de contenido constitucional [art. 50.1.c) LOTC] de la demanda de amparo.

El demandante formuló sus alegaciones por escrito registrado el 26 de septiembre de 2003, reiterando en esencia los argumentos expuestos en su recurso de amparo.

El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones por escrito registrado el 3 de octubre de 2003, interesando la inadmisión del recurso por carencia manifiesta de contenido constitucional con los siguientes argumentos:

a) En relación con las vulneraciones aducidas con motivo de la condena por la operación "300 millones", como son los de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal, considera, respecto de la primera, que no resulta irracional ni arbitrario que, a partir de la descripción de hechos de la Sentencia de instancia, se concluya por parte de la Sentencia de casación que ha existido un plan preconcebido para disponer de 300 millones, pero que se dispuso del mismo en dos cantidades que han salido separadamente y que, por tanto, el delito no es único, sino dos delitos de apropiación indebida que, unidos por un plan previsto, configuran un delito continuado. Y, respecto de la segunda, que no cabe apreciar que la subsunción de los hechos haya sido irrazonable, arbitraria, manifiestamente errónea o fruto de una interpretación del tipo extravagante, imprevisible o efectuada in malam partem.

b) En relación con las vulneraciones aducidas con motivo de la condena por la operación "cementeras", como son del derecho a la tutela judicial efectiva, del principio acusatorio y del derecho a la presunción de inocencia, considera, respecto de la primera, que no existe arbitrariedad alguna en la aplicación del delito de apropiación indebida en vez del de administración desleal, ya que las resoluciones judiciales han seguido escrupulosamente su propia doctrina en cuanto a la calificación jurídica del hecho. Respecto de la segunda, que se ha discutido a lo largo de toda la instrucción y juicio oral, permitiendo a la parte defenderse y argumentar lo que estimaran conveniente, todo lo relativo a las hormigoneras que se afirma se ha introducido sorpresivamente; además de que en dicha operación se valoraba el conjunto de lo realizado por los actores, por lo que la introducción de dos concretas sociedades hormigoneras en el debate no ha sido determinante en la calificación del hecho. Y, respecto de la tercera, que para determinar la responsabilidad del recurrente se ha manejado y ponderado prueba bastante que acredita la utilización de dos sociedades para derivar a su propio beneficio fondos que debieron ingresar en Banesto.

c) En relación con las vulneraciones aducidas con motivo de la condena por la operación "CC Concha Espina", como son los de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a la legalidad penal, considera, respecto de la primera, que está suficientemente razonada la existencia del engaño sin incurrir en error. Respecto de la segunda, que se ha manejado prueba tanto personal como documental y pericial y se ha razonado su aplicación al caso. Y, respecto de la tercera, que está suficientemente motivada la determinación de la norma penal más favorable.

d) En relación con las vulneraciones aducidas con motivo de la condena por la operación "Oil Dor", como son los de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, considera, respecto de la primera, que está suficientemente razonada la existencia del engaño sin incurrir en error. Y, respecto de la segunda, que había prueba bastante, válida y de cargo, para enervar la presunción de inocencia, derivándose de la descripción de los hechos que los informes documentados en los que se apoyó la inversión habían sido interesados y que las perspectivas de dicho negocio no eran las previstas.

e) En relación con las vulneraciones aducidas con motivo de la condena por la operación "artificios contables", como son los de los derechos a la legalidad penal, a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, considera, respecto de la primera, que la lectura de la Sentencia de casación pone de relieve que hay varios datos en la descripción de los hechos para deducir a través de la lógica la participación del acusado, base de lo que luego califica de falsedad, justificando debidamente su tipificación conforme al CP 1973. Respecto de la segunda, que se explicitan, teniendo en cuanta su anterior doctrina, las razones que le conducen a individualizar en el caso concreto la doctrina aplicada. Y, respecto de la tercera, que el escueto razonamiento sobre la aplicación del CP 1973 no implica, ni que falte fundamentación, ni que esté incursa en error patente.

f) En relación con la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, considera que la asignación de personal a los diferentes órganos judiciales es una cuestión orgánica que, siempre que se decida aplicando las normas previstas al efecto, en nada afecta al derecho invocado.

g) En relación con la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de imparcialidad de los peritos, considera que los peritos cuya imparcialidad se duda, procedentes del Banco de España, tienen carácter público y por ello sus informes deben suponerse imparciales y objetivos, máxime cuando pudieron ser contrastados y contradichos en el curso del proceso, lo que excluye cualquier indefensión.

h) En relación con la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la incorporación a la causa de "Gestisa", considera que las resoluciones judiciales explican detenidamente la prueba que ha existido y valorado para condenar, resultando según dichas Sentencias, que el informe de la Agencia Tributaria al respecto no era la única prueba ni siquiera la más relevante, y de la que incluso se puede prescindir.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El recurrente aduce muy diversas vulneraciones constitucionales. La ordenación seguida en su demanda para exponer dichas quejas se ha basado en los ordinales de los derechos fundamentales invocados. Sin embargo para su análisis se considera más adecuado, como ya hizo el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, el sistematizarlas en función de cada una de la operaciones por las que ha sido condenado el recurrente, dando prioridad a las dos vulneraciones aducidas que afectarían a la totalidad del procedimiento.

El recurrente aduce la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, fundamentada en que el procedimiento para el nombramiento del Juez instructor de la causa evidencia que se trataba de una designación ad hoc para este procedimiento, toda vez que eran indubitados tanto la presentación de la querella por parte del Ministerio Fiscal, como que su conocimiento correspondería a dicho Juez de apoyo y no al Juez titular.

Las diferentes cuestiones relacionadas con la comisión de servicios del Juez instructor de la causa para ejercer funciones de Juez de apoyo del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 y el reparto del conocimiento de asuntos con el Juez titular del dicho Juzgado ya fueron impugnadas, entre otros, por el recurrente ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, posteriormente, en amparo, invocando también el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. Este Tribunal, por ATC 42/1996, de 14 de febrero, acordó la inadmisión de la demanda de amparo por su carencia manifiesta de contenido constitucional, argumentándose a esos efectos que la asignación de personal a los diferentes órganos judiciales es una cuestión orgánica que, siempre que se decida aplicando las normas previstas al efecto, en nada afecta al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley, constatándose en este caso que, ni hubo irregularidad alguna en el procedimiento legalmente establecido para la designación del Juez de apoyo en comisión de servicios en el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 (FJ 3), ni tampoco en la renovación de dicha comisión de servicios decidida por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 3 de mayo de 1995 (FJ 4).

Sin perjuicio de la renovada legitimación del recurrente para plantear esta cuestión, ahora como consecuencia del procedimiento penal, la respuesta debe ser la misma que la dada en el citado ATC 42/1996, lo que determina que este motivo esté incurso en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

2. El recurrente aduce la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, con fundamento en que la prueba pericial practicada por los inspectores del Banco de España durante la instrucción y reproducida durante el juicio oral, y de la cual han hecho uso ambas Sentencias en su fundamentación jurídica, contraría la exigencia de que la pericial se realice por expertos imparciales, objetivos e independientes; señalando, a esos efectos, que la parcialidad se deriva de la existencia de procedimientos administrativos donde el Banco de España defiende la imputación de conductas irregulares del recurrente, de que los inspectores auxiliaron y asesoraron al Ministerio Fiscal como parte acusadora en la preparación de la querella, y de que están vinculados a una de las partes acusadoras en el procedimiento como es el Fondo de Garantía de Depósitos.

Con carácter general debe destacarse que la exigencia de imparcialidad predicable de los órganos judiciales y de los peritos nombrados por éstos tienen una muy diferente relevancia constitucional desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías en atención a la diversa naturaleza de la función que en el desarrollo del procedimiento penal asume cada uno de ellos. Así, mientras ha sido reiterado que la imparcialidad judicial es una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3), con una especial trascendencia en el ámbito penal (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 3), al estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática garantizando al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3); por el contrario la imparcialidad de los peritos es una exigencia que, si bien está vinculada a la necesidad de que se garantice que la prueba pericial responda exclusivamente a los especiales conocimientos técnicos de su autor, sin embargo está condicionada por el hecho de que los peritos actúan únicamente aportando un eventual elemento probatorio que, por un lado, está sometido en su práctica a las exigencias de la inmediación y contradicción, y, por otro, no tiene carácter tasado, debiendo ser valorado con el conjunto de medios probatorios por parte del órgano judicial. En ese sentido la eventual parcialidad de los peritos por su relación objetiva o subjetiva con el procedimiento sólo adquiere relevancia constitucional en los supuestos en que dicha pericial asuma las características de prueba preconstituida, y no cuando pueda reproducirse en la vista oral, ya que, en este último caso, el órgano judicial, con la superior garantía que implica la inmediación y la posibilidad de contradicción, podrá valorar todas las circunstancias del desarrollo de la misma y sopesar, en su caso, la influencia que en el desarrollo de la prueba pudiera tener un eventual interés del perito con el hecho y con las partes. Ello es lo que justifica, en última instancia, que el art. 467 LECrim limite las posibilidades de recusación de peritos nombrados judicialmente a los casos en que la pericial no pudiera reproducirse en el juicio oral.

En el presente caso se constata, por un lado, que el informe pericial realizado por los inspectores cuya imparcialidad se cuestiona se desarrolló sobre la base de aportaciones documentales ajenas a ellos que obraban en autos y que estuvieron en permanente conocimiento de todas las partes, y que, además, fue también la base para otros dos informes periciales, como fueron los del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y del Colegio de Economistas de Madrid; y, por otro, que los peritos comparecieron en la vista oral a ratificar su informe. De ese modo el recurrente pudo someter a contradicción la base documental misma y las conclusiones de dicho informe; y el órgano judicial, en virtud de la inmediación y la contradicción, la prueba documental en que se sustentaba y el resto de informes periciales, por lo que pudo contrastar las conclusiones del informe, enervando con ello el riesgo derivado de cualquier apariencia de parcialidad.

En cualquier caso, además, no cabe apreciar en el presente caso la existencia de motivos o circunstancias que hagan dudar de la parcialidad de los peritos. Como ya se ha expuesto, la garantía de imparcialidad de los peritos no puede identificarse, como parece pretender el recurrente, con la imparcialidad del órgano judicial y, por ello, tampoco puede hacerse una traslación directa de los supuestos en que quepa dudar de la parcialidad judicial a los peritos. Ello determina que, en su caso, cualquier actuación previa relevante de los peritos sobre el material probatorio, su participación pericial en procedimientos administrativos previos en que se concluyera la ilicitud administrativa de los hechos, e incluso su actuación en la investigación previa, auxiliando y asesorando al Ministerio Fiscal, que se habrían llevado a cabo en el cumplimiento de obligaciones legales, no permita establecer la existencia de un prejuicio o apariencia de falta de imparcialidad objetiva que afecte al ulterior desarrollo de la actividad pericial judicial. En ese sentido debe rechazarse el posible contenido constitucional de este motivo en los concretos aspectos referidos a la previa participación de los peritos en los expedientes administrativos desarrollados por el Banco de España y en la investigación previa realizada por el Ministerio Fiscal, ya que ello no determina la existencia de un interés directo o indirecto con el objeto del procedimiento, ni la perdida de apariencia de imparcialidad objetiva en la función concreta que les corresponde en el marco del proceso penal, que es la de aplicación de sus conocimientos técnicos para la elaboración de una prueba que, sin tener carácter tasado, sea valorada posteriormente con el conjunto de medios probatorios por parte del órgano judicial.

Del mismo modo, y por lo que se refiere a la posible perdida de imparcialidad subjetiva por su relación de dependencia con el Banco de España y con una de las partes acusadoras, como es el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, tampoco cabe apreciar el necesario contenido de la vulneración aducida, ya que, como señaló la Sentencia de casación, por un lado es evidente que, ni los peritos en su propio nombre, ni siquiera el Banco de España, fueron denunciantes, ya que el procedimiento se inició por medio de querella del Ministerio Fiscal; y por otro la propia normativa específica del Fondo de Garantía de Depósitos, que lo constituye como órgano con personalidad jurídica propia, garantiza su independencia del Banco de España, sin que, en cualquier caso, se ponga de manifiesto ninguna relación directa o jerárquica de dependencia de los peritos respecto de dicho Fondo. En última instancia la actuación de los peritos durante todo el procedimiento estuvo vinculada con su condición de funcionarios públicos y expertos en la materia y, como tal, sometidos al cumplimiento de fines de interés general en virtud de sus especiales conocimientos, que, en defecto de más concretas relaciones objetivas o subjetivas con la causa o las partes acusadoras, no resultan indicativas, siquiera, de una apariencia de perdida de su imparcialidad.

Por tanto el presente motivo también carece manifiestamente de contenido constitucional [art. 50.1 c) LOTC].

3. En relación con la condena por la llamada operación "artificios contables" por parte de la Sentencia de casación impugnada el recurrente aduce diferentes vulneraciones de derechos fundamentales, referidas al derecho a la igualdad, al derecho a la legalidad penal y al derecho a la tutela judicial efectiva.

Las vulneraciones del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley las fundamenta el recurrente en la existencia de un cambio inmotivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para sustentar la declaración de responsabilidad penal. En concreto considera, en primer lugar, que su condena se fundamenta únicamente en su condición de Presidente de la entidad, lo que contraviene doctrina jurisprudencial previa de las SSTS de 10 de noviembre de 1993 y 22 de mayo de 2000, en que se declaró que no se puede construir una responsabilidad objetiva derivada del solo hecho de ser órgano o representante de una persona jurídica. Y, en segundo lugar, que esta misma vulneración se produce respecto de la consideración de la falsedad ideológica entre particulares como típica en el Código penal de 1973, lo que contraviene doctrina jurisprudencial previa sentada en la STS 12 de marzo de 1999 y las Sentencias allí citadas, así como las SSTS 8 de noviembre de 1990, 14 de julio de 1994, 22 de septiembre y 28 de octubre de 1997 y 26 de mayo y 19 de junio de 1998.

Este Tribunal ha reiterado que, para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, son necesarios, entre otros requisitos, acreditar, por un lado, la existencia de un tertium comparationis, ya que el juicio de la igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria, y, por otro, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un precedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o inadvertencia (por todas, STC 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 3).

En el presente caso no se cumple, respecto de la doctrina sobre la responsabilidad objetiva de órganos o representantes de una persona jurídica, la exigencia de identidad sustancial de los supuestos, ya que de la lectura del razonamiento de la Sentencia de casación se evidencia que la condena no se ha fundamentado, como pretende el recurrente, en su consideración de ser representante de una persona jurídica, sino en su participación directa al autorizar o consentir las alteraciones contables, que deduce de la existencia de su plena capacidad para disponer y decidir operaciones y de que supervisó personalmente todas las conversaciones con el Banco de España para corregir los déficits que se basaron en los documentos falseados. Igualmente, respecto de la doctrina sobre la falsedad ideológica, no se cumple la exigencia de que se haya producido una separación de una línea jurisprudencial previa consolidada, ya que, como se evidencia nuevamente de los razonamientos de la Sentencia impugnada, la tipicidad de la falsedad ideológica se ha basado, con fundamento en jurisprudencia previa, en la incidencia de esa falsedad en el tráfico jurídico, al recaer sobre un documento mercantil como es la contabilidad de la entidad, explicitando, además, las razones de por qué este tipo de falsedades no puede compararse con la de otros documentos confeccionados por particulares.

Por todo ello ambos motivos carecen manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

4. Las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva y las del derecho a la legalidad penal las fundamenta el recurrente en que la condena por la operación "artificios contables" se ha basado en hechos de terceros y en una conducta, como era la de falsedad ideológica, que no era típica en el momento de comisión de los hechos. La tercera vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se ha fundamentado, por motivación arbitraria, en la no aplicación del Código penal de 1995, que considera más favorable.

Atendiendo a la fundamentación fáctica y jurídica de las vulneraciones referidas a la responsabilidad por hechos de terceros y falta de tipicidad de las falsedades ideológicas el derecho constitucional implicado sería el de la legalidad penal (art. 25.1 CE). A ese respecto este Tribunal ha reiterado que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, es una función que, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea. Si bien, destacando, por un lado, que dicha función está sometida al principio de legalidad, lo que implica una sujeción estricta a la ley penal; y, por otro, que el principio de legalidad, ni puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta no se crean nuevas figuras delictivas o se aplican penas no previstas en el Ordenamiento, ni tampoco pasar por alto que toda norma penal admite varias interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo. En ese sentido el principio de legalidad implica la interdicción constitucional de interpretar extensivamente y con analogía in malam partem, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan, lo que se produciría cuando la aplicación realizada resultara imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8).

En el presente caso la resolución impugnada hace un extenso y exhaustivo análisis de la tipicidad de la conducta del recurrente como delito de falsedad documental, subsumible en el art. 303 CP 1973. A esos efectos explicita que el recurrente tuvo una participación directa en las alteraciones contables al autorizarlas o consentirlas, deduciéndolo de la existencia de su plena capacidad para disponer y decidir operaciones y de que supervisó personalmente todas las conversaciones con el Banco de España para corregir los déficits, que se basaron en los documentos falseados, razonando con ello que tenía un dominio funcional sobre el hecho que le convierte en autor de la falsedad, lo que constituye la conducta típica del delito aplicado. Del mismo modo explicita el carácter típico de las falsedades ideológicas cometidas en los documentos contables que reflejaban la situación de la empresa en consideración a su carácter de documentos mercantiles con relevancia en el tráfico jurídico, frente a otras conductas de falsedad ideológicas cometidas por particulares. En ese sentido queda acreditado que la resolución impugnada no ha acudido a pautas valorativas y modelos de interpretación que puedan ser tachados de ajenos a la comunidad jurídica o al ordenamiento constitucional. Por tanto, a pesar de las legítimas discrepancias vertidas por el recurrente en su demanda de amparo sobre el resultado de la interpretación y subsunción del delito de falsedad, ello no implica que la resolución recurrida haya realizado una interpretación extensiva o analógica in malam parte, en tanto que su interpretación o aplicación no puede considerarse que haya sido imprevisible, lo que determina que este motivo carezca manifiestamente de contenido que justifique una resolución sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

En cuanto a la vulneración aducida del derecho a la tutela judicial efectiva por la aplicación del Código penal de 1973, vigente en el momento de los hechos, y no del Código de 1995, que el recurrente alega ser más favorable, queda acreditado que, cumpliéndose las exigencias derivadas de la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales en el sentido de que se exterioricen los elementos de juicio sobre los que basan sus decisiones, y que el fundamento jurídico de esa decisión sea una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6), la resolución impugnada ha hecho expresa la motivación para considerar que, atendiendo a la subsunción de la conducta en los art. 303 CP 1973, que establece la pena de prisión menor y multa, y 290 CP 1995, que establece una pena de uno a tres años de prisión y multa, que se impondrán en su mitad superior si se causare un perjuicio económico importante, la disposición más favorable resultaba ser la primera. Motivación que, si se atiende al superior límite mínimo de la pena conforme al CP 1995, no puede ser tachada de arbitraria ni carente de fundamento racional.

Por tanto también este motivo carece manifiestamente de contenido que justifique una resolución sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

5. En relación con la condena por la llamada operación "300 millones" por parte de la Sentencia de casación impugnada el recurrente aduce tres diferentes vulneraciones de derechos fundamentales, dos referidas al derecho a la tutela judicial efectiva y una al derecho a la legalidad penal.

La primera vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva la basa el recurrente en que la Sentencia de casación arbitrariamente altera los hechos de esta operación acreditados en la Sentencia de instancia y que propiciaron su absolución por prescripción. En concreto considera que la conclusión de que hubo dos entregas de dinero y, por tanto, un delito continuado, que lleva a declarar no prescrito el delito, resulta arbitraria en relación con los hechos declarado probados en la Sentencia de instancia y propicia una pena desproporcionada.

En el presente caso de la lectura del razonamiento de la Sentencia de casación se evidencia que la consideración de este delito como continuado no se ha basado en ninguna alteración de los hechos probados de la resolución de instancia, sino en una diversa interpretación jurídica del concepto unidad natural de acción. A esos efectos, mientras la Sentencia de instancia declaró probado que hubo una única decisión de retirar 300 millones, pero que se produjo en dos ocasiones sucesivas en que se retiraron 150 millones de pesetas con un intervalo de dos meses, lo que implica una unidad natural de acción, la Sentencia de casación, partiendo del mismo presupuesto fáctico, concluyó que no era predicable la unidad de acción por la existencia una demora temporal tan dilatada entre ambos momentos de retirada de los fondos, si bien, precisamente en función de la única decisión de retirada del dinero, había de considerarse la continuidad delictiva y no el concurso real de delitos. Igualmente motiva, sin acudir a pautas valorativas y modelos de interpretación que puedan ser tachados de ajenos a la comunidad jurídica o al ordenamiento constitucional, la aplicación de la agravante del art. 259.7 CP 1973, explicitando que la misma se refiere a su especial gravedad por el valor de la defraudación, sin que para ello resulte relevante la situación en que se deje a la víctima, que es presupuesto de otra de las agravaciones de este delito (art. 529.5 CP 1973).

Por tanto, al no quedar acreditada la alteración de hechos que denuncia el recurrente, ni la arbitrariedad en la aplicación de la agravación, ni que la concreta determinación de la pena haya sido desproporcionada en relación con la propia dinámica comisiva y la calificación de los hechos, el motivo carece manifiestamente de contenido que justifique una resolución sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

La segunda vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la legalidad penal se fundamenta en que la condena se ha producido a pesar de que los actos de ejecución fueron decididos exclusivamente por terceras personas sin la intervención del recurrente.

Nuevamente, en aplicación de la ya expuesta doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la legalidad penal, se constata que la subsunción de la conducta del recurrente en el delito de apropiación indebida no se ha producido en virtud de un razonamiento que le haga responsable de actos de terceros, sino, como queda explicitado en la Sentencia de casación, en función de su acreditada participación en los mismos, a partir de que quedó probado que en su condición de Presidente de Banesto, y de las facultades de disposición conferidas por razón de su cargo y sin que fuera autorizado para ello por los órganos de administración de la sociedad, decidió unilateralmente disponer de la suma de 300 millones para fines ajenos a la empresa, dando instrucciones concretas para que una tercera persona procediera a su retirada y entrega a otras personas. En ese sentido, ni queda acreditado el presupuesto fáctico del que parte el recurrente de que se le condenara en virtud de actos de terceros, ni puede afirmarse que en la labor de subsunción de su conducta en el concreto delito apreciado se haya producido una aplicación del derecho imprevisible para el destinatario, en virtud de la utilización de pautas valorativas extravagantes al ordenamiento constitucional o ajenas al empleo de modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica. Por tanto también estos motivos carecen manifiestamente de contenido que justifique una resolución sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

6. En relación con la condena por la llamada operación "cementeras" por parte de la Sentencia de instancia, ratificada por la de casación, el recurrente aduce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, otra del principio acusatorio y dos vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia.

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva la fundamenta el recurrente en que se ha llevado a cabo una motivación arbitraria e irrazonable sobre la aplicación de la apropiación indebida del Código penal de 1973 en vez del tipo de administración desleal del art. 195 del Código penal de 1995, que era más favorable.

En atención a la ya expuesta doctrina de este Tribunal sobre las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales, en el presente caso se constata que las resoluciones impugnadas han motivado extensamente, para determinar la norma aplicable, la subsunción de la conducta del recurrente en el delito de apropiación indebida del Código penal de 1973, así como en los delitos de administración desleal y de apropiación indebida del Código penal de 1995. Razonando, igualmente, que, en virtud del carácter especial del delito de apropiación indebida del Código de 1995 frente al de administración desleal, los términos de comparación para determinar la norma más beneficiosa serían las penalidades de los delitos de apropiación indebida de los respectivos Códigos, concluyendo que la norma más favorable era la del Código de 1973. Además de ello en ambas resoluciones queda acreditado que el razonamiento sobre el carácter especial del delito de apropiación indebida del Código penal de 1995 frente al de administración desleal, que a la postre determinó la aplicación del Código de 1973 como más beneficioso, se ha fundamentado ampliamente en una interpretación y aplicación de las normas concursales que no cabe tachar de ajenas a la comunidad jurídica o al ordenamiento constitucional.

Por tanto este motivo carece manifiestamente de contenido que justifique una resolución sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

7. La vulneración del principio acusatorio en relación con la operación "cementeras" la fundamenta el recurrente en que ha sido condenado por hechos de los que no había sido acusado, lo que le ha impedido defenderse frene a ellos. Concretamente señala que esta operación sólo aparecía referida en un principio a las empresas hormigoneras Hormifosa y Prebetong Aragón, uniéndose después en trámite de calificación definitiva también hechos referidos a las empresas hormigoneras Arifosa y Prebetong Este.

Hemos reiterado que para la infracción del principio acusatorio lo decisivo es la constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos (por todas, STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4), y que la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente se refiere al contenido de dicha información referido al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no a momentos previos como el de las conclusiones provisionales, insistiéndose en que, debido a la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa, es a la parte a quien corresponde en primer lugar dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión, de tal modo que si el defensor del recurrente estimaba que la modificación incluida en las conclusiones definitivas por las acusaciones era sorpresiva, y, por ello, no le era posible defenderse adecuadamente de ella, debe solicitar, conforme al art. 793.7 LECrim, la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa (STC 20/2003, de 10 de febrero, FJ 3).

En el presente caso, como ya señaló la Sentencia de casación, y ha sido reconocido por el propio recurrente en este amparo, el escrito de conclusiones provisionales de diversas acusaciones y, en concreto, del Fondo de Garantía de Depósitos ya incluía en su relato de hechos expresas referencias a las hormigoneras Arifosa y Prebetong Este y al ilícito lucro obtenido con su venta por parte del recurrente a través de la sociedad Gay Cordón. Igualmente se destaca en las resoluciones impugnadas, y no ha sido negado en este amparo por el recurrente, que a lo largo de la instrucción y del juicio oral estuvieron presentes ambas operaciones dentro de la más amplia de la operación "cementeras", habiéndose practicado prueba sobre ellas y contado con la oportunidad efectiva de someter el hecho a contradicción. Al margen de que, además, estas operaciones son sólo dos de las que junto a otras dos (las de las empresas hormigoneras Hormifosa y Prebetong Aragón) determinan la calificación del hecho como delito continuado.

En ese sentido, ni cabe afirmar que los hechos referidos a ambas empresas fueron introducidos sorpresivamente en fase de calificación definitiva, ya que eran expresos en las calificaciones provisionales, ni que el recurrente no tuviera la posibilidad de defenderse contra dicha imputación, ya que hubo amplia prueba practicada sobre ambas operaciones en la vista oral, ni que, en su caso, ello hubiera supuesto una alteración sustancial del hecho, al haber afectado únicamente a la determinación del quantum de la apropiación y no a su calificación como delito continuado, que era ya mantenida desde el inicio por diversas acusaciones.

Por todo ello, este motivo también carece manifiestamente de contenido que justifique una resolución sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

8. Las dos vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia respecto de la condena por la operación "cementeras" han sido fundamentadas por el recurrente en que, por un lado, la prueba practicada resulta manifiestamente insuficiente al no haberse apreciado múltiples elementos de prueba de descargo y haberse valorado la prueba de manera arbitraria e irracional. Y, por otro, en que tampoco hay elementos probatorios suficientes para sustentar que está acreditado el uso del poder de administración del recurrente para que cantidades destinadas a Banesto ingresaran a favor de sociedades ajenas al grupo y de que los fondos así obtenidos tuvieran al recurrente como destinatario.

Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que toda Sentencia condenatoria debe expresar las pruebas en las que sustenta la declaración de responsabilidad penal; además dichas pruebas han de haber sido obtenidas con las garantías constitucionales, haberse practicado normalmente en el juicio oral y haberse valorado y motivado por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, de tal modo que pueda afirmarse que la declaración de culpabilidad ha quedado establecida más allá de toda duda razonable. E, igualmente, que la prueba de cargo puede ser por indicios cuando el hecho objeto de prueba no es el constitutivo del delito, sino otro intermedio que permite llegar a él por inferencia lógica, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; y b) los hechos constitutivos de delito han de deducirse de esos hechos completamente probados a través de un proceso mental, razonado y acorde con las reglas del criterio humano que debe quedar explicitado en la Sentencia. De modo que, sólo en caso de falta de lógica o incoherencia, porque los indicios considerados excluyan o no conduzcan naturalmente al hecho que de ellos se hace derivar, o por su carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado, podría constatarse la irrazonabilidad de una inferencia condenatoria (por todas, STC 43/2003, de 3 de marzo, FJ 4).

En el presente caso es de destacar que la Sentencia de instancia hizo una extensa motivación sobre la valoración de las pruebas testificales, documentales y periciales en relación con esta operación, enumerando puntualmente los medios probatorios para sustentar cada una de las conclusiones fácticas y explicitando el proceso de inferencias en los supuestos de pruebas indiciarias. Dando incluso respuesta expresa, en su caso, a las alegaciones en descargo planteadas por el recurrente y otros acusados. Frente a ello el recurrente en ambos motivos se limita a realizar una valoración de la prueba practicada discrepante con la efectuada las resoluciones impugnadas, insistiendo en sus argumentos de descargo, pero sin poner de relevancia, ni en qué aspectos falta la actividad probatoria, ni las concretas inferencias que pudieran resultar arbitrarias o irracionales.

Por tanto, en atención a que lo que se plantea a este Tribunal es que realice una valoración de la actividad probatoria, lo que no es contenido posible del amparo, ambos motivos están incursos en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de contenido que justifique una resolución sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

9. Las diversas vulneraciones aducidas respecto de las condenas por las operaciones "CC Concha Espina" y "Oil Dor" han de ser analizadas conjuntamente en tanto que dieron lugar en vía judicial a una calificación única como delito continuado de estafa. El recurrente alega en doce motivos de amparo distintos la vulneración de cuatro diferentes derechos fundamentales, como son el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la legalidad penal, el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia.

El recurrente fundamenta dos vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva en que se habría producido un manifiesto error de carácter aritmético al computar a los miembros de la Comisión Ejecutiva que acudieron a la adopción de los acuerdos de ambas operaciones, lo que conllevaría correlativamente a sendas vulneraciones del derecho a la legalidad penal al haberse condenado por estafa a pesar de que no concurría el elemento típico del engaño necesario para la aplicación de este delito respecto de ambas operaciones.

A partir de la Sentencia de casación se evidencia, frente a lo pretendido por el recurrente, que no se ha incurrido en ningún manifiesto error aritmético. En ambas operaciones se da por probado, sin que en ello haya ninguna discrepancia con lo defendido por el recurrente, quiénes fueron los asistentes, la condición de secretario y no de vocal de uno de ellos, y quiénes no asistieron y delegaron el voto en la presidencia. En ese sentido se parte del mismo presupuesto fáctico. Por el contrario, que la Sentencia razone que no queda demostrado que las personas que delegaron su voto tuvieran conocimiento exacto de las operaciones y que otorgaran su consentimiento a sabiendas de las intenciones de los condenados y, por tanto, que no puedan contabilizarse como personas incluidas en la trama mendaz, no se debe a un manifiesto error, sino a una valoración de la prueba en que no se acredita ningún tipo de arbitrariedad o irracionalidad. De ese modo, ni cabe apreciar el error manifiesto denunciado, ni, consecuentemente, que no esté acreditado el engaño propio de la estafa, por lo que ambas vulneraciones carecen manifiestamente de contenido que justifique una resolución sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

El recurrente fundamenta la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en que la prueba pericial que vincula a la sociedad Gestiesa como cuentaparticipe con la operación "CC Concha Espina" estaba en una pieza separada de responsabilidad civil (la de Inversiones San Fergo) que no se notificó al recurrente, al margen de que no ha sido ratificado el informe en el juicio oral por sus autores ni incorporado como prueba documental. En relación con ello aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en tanto que, al margen de la anterior vulneración, dicho informe no pone de manifiesto la adquisición por parte de esta sociedad de cuentas en participación del Centro Comercial Concha Espina.

La Sentencia de casación ya ha destacado que el hecho de una inicial adquisición de Gestiesa de cuentas en participación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina no resulta sustancial en la declaración de hechos probados ni en la condena del recurrente, ya que fue a través de la condición de cuentaparticipe de la sociedad Montilsa, antes de los acuerdos de compra del negocio Centro Comercial Concha Espina, como el recurrente articula y recibe los ilícitos beneficios de su conducta en los que se fundamenta su declaración de culpabilidad. En ese sentido, al no haber tenido ninguna influencia la prueba cuya falta de garantías se denuncia, ni el hecho mismo de la adquisición de cuentas en participación por parte de Gestiesa en la acreditación de la responsabilidad penal del recurrente, ambos motivos carecen manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

10. El recurrente también aduce en cinco motivos diferentes sendas vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, basándose en que no queda acreditada su participación en cualquiera de las fases constitutivas de ambas operaciones, y en que nunca tuvo dominio fáctico sobre las sociedades Montilsa, Gestiesa y Servicios y Recursos, ni de los fondos de las que éstas hubieran dispuesto, añadiendo que no aparece debidamente motivada la consideración de alto riesgo de la operación Oil Dor.

En atención a lo ya expuesto sobre la jurisprudencia de este Tribunal respecto del derecho a la presunción de inocencia en este caso queda acreditado que la Sentencia de instancia argumenta la responsabilidad penal del recurrente en ambas operaciones en función de su participación directa y obtención de ilícitos beneficios a través de las sociedades Montilsa y Servicios y Recursos. A pesar de que el recurrente niega cualquier relación con dichas sociedades y con la disposición de los fondos obtenidos por parte de éstas, aludiendo a las declaraciones exculpatorias de uno de los coacusados, la Sentencia impugnada hace una detallada descripción de cuáles son los elementos probatorios en los que fundamenta la conclusión de la existencia de un dominio funcional de las mismas por parte del recurrente y otro de los acusados, sin que en ellos quepa apreciar, ni tampoco así haya sido destacado por el recurrente, inferencias arbitrarias o irracionales. Igualmente también se hace una detallada descripción de los diversos movimientos de fondos procedentes de los ilícitos beneficios obtenidos por Montilsa en esta operación, y en cómo parte de ellos revierten finalmente en forma de tres cheques en una sociedad del recurrente, para finalizar tras posteriores movimientos en una cuenta personal del recurrente en el Banco Urquijo, en la que fueron encubiertos bajo la figura de un préstamo personal privado del que no hubo devolución ni pago de intereses. También la Sentencia motiva la valoración de alto riesgo de la operación "Oil Dor" basándose en los diversos informes periciales, al margen de que, como ya destacara la Sentencia de casación, ese mero dato tampoco es determinante de la calificación jurídica del hecho, que se basa en la maniobra mendaz de ocultar la realidad sobre la situación económica de la sociedad y su interés personal en la misma a la Comisión ejecutiva de la corporación industrial.

Por tanto, puesto que en todos estos motivos el recurrente se limita a realizar una valoración de la prueba practicada discrepante con la efectuada las resoluciones impugnadas, insistiendo en sus argumentos de descargo, pero sin poner de relevancia, ni en qué aspectos falta la actividad probatoria, ni las concretas inferencias que pudieran resultar arbitrarias o irracionales, están incursos todos ellos en la causa de inadmisión por carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

11. Por último el recurrente aduce vulneración del derecho a la legalidad penal, fundamentado en que se aplicó retroactivamente en perjuicio del reo el art. 250.6 y 7 CP 1995, y no el que estaba en vigor en el momento de los hechos, que era el art. 529.7 CP 1973.

Las Sentencias impugnadas explicitan que, al realizarse una valoración conjunta de las operaciones "CC Concha Espina" y "Oil Dor" para calificarlas como una continuidad delictiva, la comparación de penas tiene que partir de una aplicación íntegra de uno u otro texto legal a la totalidad del complejo delictivo. A esos efectos constata que, comparando las penalidades, incluyendo el hecho de la agravación y especialmente el de la continuidad delictiva, ya que el art. 69 bis CP 1973 permite exasperar la pena, lo que no autoriza el art. 74.1 CP 1995, resulta más beneficioso este último, incluso teniendo en cuenta la posibilidad de redención de penas por el trabajo. En ese sentido queda acreditado que las resoluciones impugnadas realizaron una interpretación y aplicación del Código penal de 1995 como más beneficioso para el reo sin incurrir en una motivación arbitraria o irracional, por lo que este motivo también carece manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

En virtud de todo lo expuesto, y visto el art. 50.1 LOTC, la Sección

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo.

Madrid, a diecinueve de abril de dos mil cuatro.